

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Acórdão: 22.673/17/1ª Rito: Sumário
PTA/AI: 01.000458879-32
Impugnação: 40.010141214-84
Impugnante: Wesley Restaurante de Minas Ltda - EPP
IE: 001951660.00-93
Coobrigados: Wellington Maciel
CPF: 700.330.306-00
Wesley Carlos Ferreira
CPF: 496.464.006-04
Proc. S. Passivo: Antônio Fernando Drummond Brandão Júnior/Outro(s)
Origem: DFT/Juiz de Fora

EMENTA

MERCADORIA – SAÍDA DESACOBERTADA - OMISSÃO DE RECEITA - CARTÃO DE CRÉDITO E/OU DÉBITO. Constatada a saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pelo Autuado no âmbito do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDASD) com os valores constantes em extratos fornecidos pelas administradoras de cartões de crédito e/ou débito. Procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02. Exigências de ICMS, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, todos da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco.

MERCADORIA - ENTRADA DESACOBERTADA - CONCLUSÃO FISCAL - SUBSTITUIÇÃO TRIBUTÁRIA. Constatou-se a entrada de mercadoria desacobertada de documentação fiscal, apurada após a constatação da saída desacobertada, mediante procedimento considerado tecnicamente idôneo, nos termos do art. 194, incisos I e V, do RICMS/02. Exigências de ICMS/ST, Multa de Revalidação em dobro prevista art. 56, inciso II, § 2º, inciso III, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambas da Lei nº 6.763/75. Crédito tributário reformulado pelo Fisco.

SIMPLES NACIONAL – EXCLUSÃO – MERCADORIA DESACOBERTADA. Comprovado nos autos que o Autuado promoveu aquisição e saída de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, correta a sua exclusão do regime do Simples Nacional, nos termos do disposto no art. 29, incisos V e XI, da Lei Complementar nº 123/06, c/c o art. 76, inciso IV, alíneas “d” e “j”, § 3º e 6º, inciso I, da Resolução CGSN nº 94, de 29/11/11.

Lançamento parcialmente procedente. Decisão unânime.

Improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Decisão unânime.

RELATÓRIO

A autuação versa sobre a acusação fiscal de realização de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pelo Autuado no âmbito do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDASD) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, resultando daí, em consequência, recolhimento a menor de ICMS no período de dezembro de 2012 a dezembro de 2015.

Exige-se ICMS devido pelo regime normal de débito e crédito, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, ambas da Lei nº 6.763/75, sendo que esta última foi exigida também em relação às operações em que o imposto é devido por substituição tributária.

Além disso, o presente lançamento versa também sobre a imputação de aquisição de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, em relação à qual exige-se o ICMS devido por substituição tributária, Multa de Revalidação em dobro prevista art. 56, inciso II, § 2º, inciso III, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambas da Lei nº 6.763/75.

A Fiscalização procede também à exclusão do contribuinte do regime do Simples Nacional.

Registre-se, ademais, que foram arrolados na peça fiscal, na condição de Coobrigados, os sócios-administradores da empresa.

Instruem o Auto de Infração, dentre outros, os seguintes documentos:

- Auto de Início de Ação Fiscal – AIAF (fl. 02);
- Relatório Fiscal (fls. 10/13);
- mídia eletrônica (*compact disc*) contendo relatório das operações realizadas mediante cartão de débito/crédito, informadas pelas respectivas administradoras, PGDASD referente ao período autuado, itens de notas fiscais eletrônicas emitidas por terceiros, cálculo da margem de valor adicionada (fl. 14);
- relatório consolidado das administradoras de cartões (fls. 15/17);
- rateio do percentual de saídas sujeitas à substituição tributária (fls. 18/19);
- relatório intitulado “Conclusão Fiscal - Operações de Crédito, Débito e Similares” – período 2012/2015 (fls. 20/24);
- demonstrativo do crédito tributário referente às saídas desacobertadas (fls. 25/26);
- demonstrativo da conclusão fiscal “entradas desacobertadas” (fls. 27/28);
- demonstrativo do crédito tributário referente às entradas desacobertadas (fls. 22/30);
- demonstrativo do crédito tributário consolidado (fls. 31/32);

- Termo de Exclusão do Simples Nacional (fl. 33).

Da Impugnação

Inconformado, o Impugnante apresenta, tempestivamente e por seu representante legal, Impugnação às fls. 42/51, no âmbito da qual esclarece que a empresa tem por atividade a participação em eventos (em Minas Gerais e em outros estados da federação) nos quais comercializa mercadorias, bem como a prestação de serviços e a sublocação de espaços para terceiros.

No intuito de comprovar suas alegações, junta aos autos, por amostragem, comprovante de recolhimento de ICMS em favor de outra unidade da federação, ponderando ainda que os referidos eventos não ocorrem com regularidade.

Após discorrer sobre aspectos jurídicos do conceito de obrigação tributária, insurge-se contra o rateio adotado no Auto de Infração com vistas a apurar a proporção de saídas sujeitas ao regime de substituição tributária adotada no período autuado.

Pondera que assim procedendo, a Fiscalização obteve saídas e entradas presumidas, sem lastro em documento que fundamente as acusações que lhe foram imputadas, fato este que, a seu ver, viola o princípio da legalidade tributária.

O Impugnante destaca, em acréscimo, que parte das operações referidas pelas administradoras de cartões dizem respeito a fatos geradores ocorridos fora do estado de Minas Gerais

Argumenta também que nos valores informados pelas administradoras de cartão estão incluídas vendas de mercadorias, comissão na prestação de serviços oriundos de locação de espaço, mobiliário e equipamentos para festas, estas últimas não sujeitas ao imposto estadual.

Aduz ainda que o trabalho fiscal importa tributação em duplicidade, pois entende que as exigências fiscais (tributo e multas) pertinentes às entradas e às saídas referem-se às mesmas mercadorias.

Especificamente no tocante à multa isolada cominada nas saídas, assevera que o Fisco deixou de observar o limitador constante do § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75.

Por fim, insurge-se também contra a sua exclusão do regime do Simples Nacional, protesta pela produção de prova pericial, cujos quesitos apresenta à fl. 51, e pede pela improcedência do lançamento.

Para instruir sua peça de defesa, junta cópias de dois documentos de arrecadação referentes a impostos recolhidos em favor de outros estados, de cinco notas fiscais emitidas por terceiros e de dezoito impressos denominados “fatura locação”, em que consta a prestação de serviços de locação de utensílios e de espaço.

Da Reformulação do lançamento

Em face das razões arguidas pelo Impugnante, a Fiscalização promove alteração no feito fiscal, conforme Termo de Rerratificação de Lançamento de fls. 90/91, de sorte a considerar, como receita de prestação de serviços, o valor indicado

como tal no PGDASD relativo ao mês de dezembro de 2013, destacando ser este o único período de apuração em que consta registro de tais serviços.

Cientificado da alteração efetuada, o Impugnante não se manifesta.

Da Manifestação Fiscal

A Fiscalização comparece aos autos e, em Manifestação de fls. 116/124, refuta as alegações do Impugnante.

De início, refuta o pedido de produção de prova pericial, por entendê-lo desnecessário ao deslinde da matéria.

Esclarece que o trabalho fiscal considerou todas as informações prestadas pelo Impugnante, conforme PGDAS-D - Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório, durante o período fiscalizado, juntados ao presente PTA.

Destaca que, a despeito das alegações do Impugnante de que não promove eventos com regularidade e que a Fiscalização teria presumido receitas, as receitas mensais atribuídas ao Autuado são aquelas informadas pelas empresas administradoras de cartão de crédito, que foram comparadas com as receitas informadas empresa através do PGDAS-D, não havendo, portanto, que se cogitar de presunção.

Com referência à documentação juntada pelo Impugnante, a Fiscalização esclarece que os documentos em questão foram emitidos em nome de pessoas físicas e não da pessoa jurídica do Autuado, o que os desqualifica como prova das alegações de defesa.

Afora estes, a Fiscalização destaca ainda que as DANFES juntadas às fls. 63 e 64 dos autos (notas fiscais normais de aquisição de mercadorias) foram consideradas normalmente para efeito do lançamento realizado.

Quanto aos documentos denominados “fatura locação”, menciona consulta respondida pela Coordenação-Geral de Tributação Receita Federal no sentido de que as receitas auferidas pelas pessoas jurídicas, quando desobrigadas ou impossibilitadas de emissão de nota fiscal ou documento equivalente, devem ser comprovadas com documentos de indiscutível idoneidade e conteúdo esclarecedor das operações a que se refiram, tais como recibos, livros de registros, contratos, etc.

Isto posto, ressalta que os documentos juntados pelo Impugnante, por sua vez, não informam a quem foram prestados (o destinatário dos supostos serviços), e tampouco as condições de pagamento ou mesmo correlação de datas com as operações objeto da autuação.

Na sequência, a Fiscalização esclarece que o rateio utilizado para distinguir operações tributadas normalmente das operações sujeitas à substituição tributária (ST) baseou-se exatamente na mesma proporção das operações acobertadas informadas no PGDASD, procedimento idôneo e utilizado em vários roteiros fiscais cujos lançamentos teriam sido validados por este E. Conselho de Contribuintes.

Refuta também as alegações de que houve tributação em duplicidade, asseverando que procedeu à cobrança de ICMS das saídas somente das operações não

sujeitas a ST, ao passo que sobre as exigências pertinentes às entradas de mercadorias desacobertadas de documento fiscal restringiram-se somente àquelas sujeitas à substituição tributária.

Quanto à multa isolada cominada, afirma que foi observado o limitador previsto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75, ao contrário do que alega a defesa.

Por fim, pugna pela improcedência da impugnação relativa à exclusão do Impugnante do regime do Simples Nacional e pede pela manutenção do feito fiscal.

DECISÃO

Da Preliminar

O Impugnante solicita a produção de prova pericial, apresentando quesitos à fl. 51.

Conforme destacado pela Fiscalização, referidos quesitos abordam a questão da alegada existência de receitas auferidas pelo Impugnante e que não se sujeitariam à tributação por meio de ICMS, e, ainda, se tais receitas seriam ou não auferidas por meio de cartão de crédito/débito.

No entanto, verifica-se que os argumentos trazidos aos autos pela Fiscalização, bem como os próprios documentos e argumentos trazidos pelo Impugnante em sua defesa, revelam-se suficientes para a elucidação da questão posta.

Nesta perspectiva, indefere-se o pedido de perícia, nos termos do art. 142, § 1º, inciso II, alínea “a” do Regulamento do Processo e dos Procedimentos Tributários Administrativos – RPTA, aprovado pelo Decreto nº 44.747/08:

Art. 142. A prova pericial consiste em exame, vistoria ou avaliação, e será realizada quando deferido o pedido do requerente pela Câmara ou quando esta a determinar, observado o seguinte:

(...)

§ 1º Relativamente ao pedido de perícia do requerente:

(...)

II - será indeferido quando o procedimento for:

a) desnecessário para a elucidação da questão ou suprido por outras provas produzidas;

Do Mérito

Consoante relatado, a autuação versa sobre a acusação fiscal de realização de saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, apuradas mediante confronto entre as vendas declaradas pelo Autuado no âmbito do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDASD) e os valores constantes em extratos fornecidos por administradora de cartões de crédito e/ou débito, resultando daí, em consequência, recolhimento a menor de ICMS no período de dezembro de 2012 a dezembro de 2015.

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

Exige-se ICMS devido pelo regime normal de débito e crédito, Multa de Revalidação capitulada no art. 56, inciso II e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II c/c § 2º, ambas da Lei nº 6.763/75, sendo que esta última foi exigida também em relação às operações em que o imposto é devido por substituição tributária.

Além disso, o presente lançamento versa também sobre a imputação de aquisição de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, em relação à qual exige-se o ICMS devido por substituição tributária, Multa de Revalidação em dobro prevista art. 56, inciso II, § 2º, inciso III, e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambas da Lei nº 6.763/75.

Cabe esclarecer, de início, que o procedimento adotado pela Fiscalização, ao analisar a documentação subsidiária e fiscal da Autuada para apuração das operações realizadas, é tecnicamente idôneo e previsto no art. 194, incisos I e VII, do RICMS/02, nos seguintes termos:

Art. 194 - Para apuração das operações ou das prestações realizadas pelo sujeito passivo, o Fisco poderá utilizar quaisquer procedimentos tecnicamente idôneos, tais como:

I - análise da escrita comercial e fiscal e de documentos fiscais e subsidiários;

(...)

VII - exame dos elementos de declaração ou de contrato firmado pelo sujeito passivo, nos quais conste a existência de mercadoria ou serviço suscetíveis de se constituírem em objeto de operação ou prestação tributáveis;

(...)

Registra-se, por oportuno, que a matéria encontra-se regulamentada nos arts. 10-A e 13-A da Parte 1 do Anexo VII do RICMS/02, *in verbis*:

Art. 10-A. As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as empresas similares manterão arquivo eletrônico referente a totalidade das operações e prestações realizadas no período de apuração por estabelecimentos de contribuintes do ICMS constantes do Cadastro Resumido de Contribuintes do ICMS disponível no endereço eletrônico da Secretaria de Estado de Fazenda, www.fazenda.mg.gov.br, cujos pagamentos sejam realizados por meio de seus sistemas de crédito, débito ou similares.

(...)

Art. 13-A - As administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, as empresas que prestam serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente e as

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

empresas similares entregarão o arquivo eletrônico de que trata o art. 10-A deste anexo até o dia quinze de cada mês, relativamente às operações e prestações realizadas no mês imediatamente anterior.

§ 1º - As empresas de que trata o caput deverão:

I - gerar e transmitir os arquivos, utilizando-se do aplicativo Validador TEF disponível no endereço eletrônico www.sintegra.gov.br;

II - verificar a consistência do arquivo, gerar a mídia e transmiti-la, utilizando-se da versão mais atualizada do aplicativo validador e transmissor.

§ 2º - A omissão de entrega das informações a que se refere o caput sujeitará a administradora, a operadora e empresa similar à penalidade prevista no inciso XL do art. 54 da Lei nº 6.763, de 26 de dezembro de 1975.

Ressalta-se que as informações prestadas pela Autuada por meio do Programa Gerador do Documento de Arrecadação do Simples Nacional – Declaratório (PGDASD) e pelas administradoras de cartão de crédito e/ou débito são documentos fiscais, nos termos do disposto no art. 132, incisos II e III do RICMS/02, transcrito a seguir:

Art. 132 - São considerados, ainda, documentos fiscais:

(...)

II - a declaração, a informação e os documentos de controle interno exigidos pelo Fisco que permitam esclarecer ou acompanhar o comportamento fiscal do contribuinte ou de qualquer pessoa que guarde relação com os interesses da fiscalização do imposto;

III - as informações prestadas pelas administradoras de cartões de crédito, de cartões de débito em conta-corrente, por empresa que presta serviços operacionais relacionados à administração de cartões de crédito ou de débito em conta-corrente ou por similares, relativas às operações e prestações realizadas por estabelecimentos de contribuintes do ICMS, cujos pagamentos sejam realizados por meio de sistemas de crédito, débito ou similar.

Parágrafo único - As informações a que se refere o inciso III do caput serão mantidas, geradas e transmitidas em arquivo eletrônico segundo as disposições constantes do Anexo VII deste Regulamento e, quando solicitado pelo titular da Delegacia Fiscal da circunscrição do estabelecimento contribuinte, apresentadas em relatório impresso em papel timbrado da administradora, contendo a totalidade ou parte

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

das informações apresentadas em meio eletrônico, conforme a intimação.

Além disso, a propósito da documentação juntada aos autos pela Impugnante, cabe reiterar as razões aduzidas pela Fiscalização, conforme excertos transcritos a seguir:

Quanto as cópias de documentos juntados pelo Impugnante, temos a esclarecer:

1. Documento de arrecadação DAEMS de fls. 59: trata-se de documento possivelmente gerado no site da Secretaria de Fazenda do estado do Mato Grosso do Sul, em nome do Sr. Wesley R Ferreira, sob CPF do mesmo. Emitido para pessoa física. Não é o caso de se considerar um documento emitido para uma pessoa física, já que o presente PTA é formado em nome de pessoa jurídica distinta da que consta em tal documento.

2. DANFE de fls. 60: Trata-se de operação realizada no Estado do Espírito Santo, emitida em nome do Sr. Wesley Carlos Ferreira, da qual consta CNPJ de empresa baixada em 01/03/2012. Não é o caso de se considerar documentos de empresas que não são parte no presente PTA sob comento.

3. DANFE de fls. 61: Operação realizada no Estado de Goiás, em nome do Sr. Wesley Carlos Ferreira, sob CPF do mesmo, trata-se de operação de pessoa física, e não do Impugnante. Não é o caso de se considerar um documento emitido para uma pessoa física, já que o presente PTA é formado em nome de pessoa jurídica distinta da que consta em tal documento.

4. DANFE de fls. 62: Destinatário é pessoa física estranha ao presente processo, e não do Impugnante.

5. DANFEs de fls. 63 e 64: Se referem a notas fiscais normais de aquisição de mercadorias pertencentes ao Impugnante. Foram consideradas normalmente, e estão relacionadas no anexo 3 (fls. 14) juntados ao PTA sob comento.

6. Documentos denominados “fatura locação”, de fls. 65 a 82: Trata-se aparentemente de documentos referentes a receitas de locação de bens móveis. No entanto, os termos da solução dada a consulta 295 pela Coordenação-Geral de Tributação Receita Federal, o auferimento de receitas pelas pessoas jurídicas, quando desobrigadas ou impossibilitadas de emissão de nota fiscal ou documento equivalente, deve ser comprovado com documentos de indiscutível idoneidade e conteúdo esclarecedor das operações a que se refiram, tais como recibos, livros de registros,

contratos, etc. Daí, tais documentos não podem ser considerados no levantamento fiscal, pois da simples observação dos mesmos verifica-se que não informam a quem foram prestados (o destinatário dos supostos serviços), também não informam condições de pagamento. Tanto o conteúdo é de idoneidade discutível, quanto nada esclarecedor.

7. Documento denominado “Contrato de locação de espaço físico em evento”, de fls. 83 a 86: Operação realizada com o Sr. Wesley Carlos Ferreira, sob CPF do mesmo, trata-se de operação de pessoa física, e não do Impugnante. Não é o caso de se considerar um documento emitido para uma pessoa física, já que o presente PTA é formado em nome de pessoa jurídica distinta da que consta em tal documento.

De igual modo, com referência à discordância do Impugnante relativamente ao critério de rateio utilizado pela Fiscalização para apuração da proporção de saídas sujeitas ao regime de substituição tributária, extremado-a das operações sujeitas à tributação normal de ICMS, descabe cogitar de “presunção”.

Com efeito, a Fiscalização valeu-se da mesma proporção verificada nas operações regularmente acobertadas, informadas no PGDASD, conforme demonstrado no relatório de fl.19 dos autos, procedimento este idôneo e utilizado em vários roteiros fiscais cujos lançamentos são validados por este E. Conselho de Contribuintes.

Também falece razão ao Impugnante no tocante à alegação de tributação em duplicidade.

Tal como relatado anteriormente, relativamente às saídas de mercadorias desacobertadas de documentação fiscal, a Fiscalização procedeu à cobrança de ICMS devido pelo regime normal de débito e crédito, Multa de Revalidação e Multa Isolada, sendo que esta última foi exigida também em relação às operações em que o imposto é devido por substituição tributária.

Com referência à imputação de aquisição de mercadorias desacobertadas de documentos fiscais, exige-se o ICMS devido por substituição tributária, Multa de Revalidação e Multa Isolada prevista no art. 55, inciso II, ambas da Lei nº 6.763/75.

Portanto, a exigência do ICMS nas saídas desacobertadas cinge-se às operações tributadas pelo regime normal de débito e crédito, o que afasta a alegada duplicidade frente ao ICMS-ST exigido em face da constatação da entrada de mercadorias sem o regular acobertamento documental.

E, sobre a multa isolada cominada nas saídas, diz a Impugnante que o Fisco deixou de observar a regra do art. 55, § 2º, da Lei nº 6.763/75, conforme valores que demonstra às fls. 50.

No entanto, o que se verifica no quadro demonstrativo do crédito tributário (saídas, anexo 8, de fls. 26), é que o Fisco aplicou o limitador previsto no § 2º do art. 55 da Lei nº 6.763/75 ao cominar a penalidade isolada sobre as operações de saída de mercadorias não sujeitas a ST, sendo esta inclusive a observação de número 1

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

constante no referido quadro demonstrativo. Assim não procede a alegação da Impugnante.

Destarte, uma vez comprovada a realização de operações sem a devida emissão de documentos fiscais, resulta correta a exigência, à margem do regime do Simples Nacional, do imposto e respectivas penalidades, conforme preceitua o art. 13 da Lei Complementar nº 123/06:

Art. 13 - O Simples Nacional implica o recolhimento mensal, mediante documento único de arrecadação, dos seguintes impostos e contribuições:

(...)

§ 1º - O recolhimento na forma deste artigo não exclui a incidência dos seguintes impostos ou contribuições, devidos na qualidade de contribuinte ou responsável, em relação aos quais será observada a legislação aplicável às demais pessoas jurídicas:

(...)

XIII - ICMS devido:

(...)

f) na operação ou prestação desacobertada de documento fiscal;

(...)

Cita-se, a propósito, decisão do Tribunal de Justiça do Estado de Minas Gerais, já proferida, abordando a questão:

EMENTA: TRIBUTÁRIO - MANDADO DE SEGURANÇA - APELAÇÃO CÍVEL - SIMPLES MINAS E SIMPLES NACIONAL - ICMS - FALTA DE RECOLHIMENTO DO TRIBUTO - PARCELAMENTO - OPERAÇÃO OU PRESTAÇÃO DESACOBERTADA DE DOCUMENTO FISCAL - ART. 15, INCISO VII, ALÍNEA "A", LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 - ART.13, § 1º, INCISO XIII, ALÍNEA "F", LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06 - INCIDÊNCIA DA ALÍQUOTA APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME - SEGURANÇA DENEGADA.

CONSIDERANDO QUE OS DÉBITOS OBJETO DE PARCELAMENTO DECORREM DA "OMISSÃO DE RECOLHIMENTO DO ICMS POR SAÍDAS DESACOBERTADAS DE DOCUMENTOS FISCAIS", NOS TERMOS DO ART. 15, VII, "A", DA LEI ESTADUAL Nº 15.219/04 E DO ART. 13, §1º, XIII, "F", DA LEI COMPLEMENTAR Nº 123/06, DEVE INCIDIR A ALÍQUOTA DO ICMS APLICÁVEL ÀS PESSOAS JURÍDICAS NÃO SUJEITA AO REGIME.

PRELIMINAR REJEITADA. RECURSO NÃO PROVIDO. (APELAÇÃO CÍVEL 1.0079.11.054061-8/001, RELATOR(A): DES.(A) ANA PAULA CAIXETA, 4ª CÂMARA CÍVEL, JULGAMENTO EM 12/09/13, PUBLICAÇÃO DA SÚMULA EM 17/09/13)

Salienta-se que a aplicabilidade do referido artigo não depende da formalização do processo de exclusão do contribuinte no regime do Simples Nacional, por meio de Termo de Exclusão, como alegado pela Impugnante, bastando apenas que tenha ocorrido a operação desacobertada de documento fiscal.

Ressalte-se que a Fiscalização reformulou o crédito tributário acatando o valor declarado como receita de prestação de serviços no PGDASD relativo ao mês de dezembro de 2013, conforme Termo de Rerratificação do Lançamento às fls. 90/91 e planilhas de fls. 92/108.

Dessa forma, considerando que o lançamento observou todas as determinações constantes da legislação tributária, de modo a garantir-lhe plena validade, verifica-se que os argumentos trazidos pelo Impugnante não se revelam capazes de elidir a exigência fiscal.

Com referência à exclusão do Contribuinte do Simples Nacional, cumpre reiterar que a Fiscalização baseou a lavratura do citado Auto de Infração na ocorrência reiterada de infração à legislação tributária, consoante anteriormente descrito.

A propósito da matéria, assim dispõe a Lei Complementar nº 123/06, *in verbis*:

Das Obrigações Fiscais Acessórias

(...)

Art. 26. As microempresas e empresas de pequeno porte optantes pelo Simples Nacional ficam obrigadas a:

I - emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de acordo com instruções expedidas pelo Comitê Gestor;

(...).

Da Exclusão do Simples Nacional

Art. 28. A exclusão do Simples Nacional será feita de ofício ou mediante comunicação das empresas optantes.

Parágrafo único. As regras previstas nesta seção e o modo de sua implementação serão regulamentados pelo Comitê Gestor.

Art. 29. A exclusão de ofício das empresas optantes pelo Simples Nacional dar-se-á quando:

(...)

V - tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto nesta Lei Complementar;

(...)

XI - houver descumprimento reiterado da obrigação contida no inciso I do caput do art. 26;

(...)

§ 1º Nas hipóteses previstas nos incisos II a XII do caput deste artigo, a exclusão produzirá

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

efeitos a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo a opção pelo regime diferenciado e favorecido desta Lei Complementar pelos próximos 3 (três) anos-calendário seguintes.

(...)

§ 3º A exclusão de ofício será realizada na forma regulamentada pelo Comitê Gestor, cabendo o lançamento dos tributos e contribuições apurados aos respectivos entes tributantes”.

(...)

§ 5º A competência para exclusão de ofício do Simples Nacional obedece ao disposto no art. 33, e o julgamento administrativo, ao disposto no art. 39, ambos desta Lei Complementar.

(...)

§ 9º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nos incisos V, XI e XII do caput:

I - a ocorrência, em 2 (dois) ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos 5 (cinco) anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento; ou

II - a segunda ocorrência de idênticas infrações, caso seja constatada a utilização de artifício, ardil ou qualquer outro meio fraudulento que induza ou mantenha a fiscalização em erro, com o fim de suprimir ou reduzir o pagamento de tributo.

(...).

Depreende-se do art. 39 da Lei Complementar nº 123/06 c/c art. 75, § 2º, da Resolução CGSN nº 94/11, a seguir transcritos, que o contencioso administrativo relativo à exclusão de ofício é de competência do ente federativo que a efetuar, observados os seus dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais, inclusive quanto à intimação do contribuinte, *in verbis*:

Lei Complementar nº 123/06

Art. 39. O contencioso administrativo relativo ao Simples Nacional será de competência do órgão julgador integrante da estrutura administrativa do ente federativo que efetuar o lançamento, o indeferimento da opção ou a exclusão de ofício, observados os dispositivos legais atinentes aos processos administrativos fiscais desse ente.

Resolução CGSN nº 94/11

Art. 75. A competência para excluir de ofício a ME ou EPP do Simples Nacional é: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 5º; art. 33)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

I - da RFB;

II - das Secretarias de Fazenda, de Tributação ou de Finanças do Estado ou do Distrito Federal, segundo a localização do estabelecimento; e

III - dos Municípios, tratando-se de prestação de serviços incluídos na sua competência tributária.

§ 1º Será expedido termo de exclusão do Simples Nacional pelo ente federado que iniciar o processo de exclusão de ofício. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 3º)

§ 2º Será dada ciência do termo de exclusão à ME ou à EPP pelo ente federado que tenha iniciado o processo de exclusão, segundo a sua respectiva legislação, observado o disposto no art. 110. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 16, § 1º-A a 1º-D; art. 29, §§ 3º e 6º)

§ 3º Na hipótese de a ME ou EPP impugnar o termo de exclusão, este se tornará efetivo quando a decisão definitiva for desfavorável ao contribuinte, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 4º Não havendo impugnação do termo de exclusão, este se tornará efetivo depois de vencido o respectivo prazo, observando-se, quanto aos efeitos da exclusão, o disposto no art. 76.

§ 5º A exclusão de ofício será registrada no Portal do Simples Nacional na internet, pelo ente federado que a promoveu, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados a esse registro.

§ 6º Fica dispensado o registro previsto no § 5º para a exclusão retroativa de ofício efetuada após a baixa no CNPJ, ficando os efeitos dessa exclusão condicionados à efetividade do termo de exclusão na forma prevista nos §§ 3º e 4º.

§ 7º Ainda que a ME ou EPP exerça exclusivamente atividade não incluída na competência tributária municipal, se possuir débitos tributários junto à Fazenda Pública Municipal, o Município poderá proceder à sua exclusão do Simples Nacional, observado o disposto no inciso V do caput e no § 1º, ambos do art. 76.

Art. 76. A exclusão de ofício da ME ou da EPP do Simples Nacional produzirá efeitos:

(...)

IV - a partir do próprio mês em que incorridas, impedindo nova opção pelo Simples Nacional pelos 3 (três) anos-calendário subsequentes, nas seguintes hipóteses: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, incisos II a XII e § 1º)

(...)

CONSELHO DE CONTRIBUINTES DO ESTADO DE MINAS GERAIS

d) tiver sido constatada prática reiterada de infração ao disposto na Lei Complementar nº 123, de 2006;

(...)

j) não emitir documento fiscal de venda ou prestação de serviço, de forma reiterada, observado o disposto nos arts. 57 a 59 e ressalvadas as prerrogativas do MEI nos termos da alínea "a" do inciso II do art. 97;

(...)

§ 3º A ME ou EPP excluída do Simples Nacional sujeitar-se-á, a partir do período em que se processarem os efeitos da exclusão, às normas de tributação aplicáveis às demais pessoas jurídicas. (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 32, caput)

(...)

§ 6º Considera-se prática reiterada, para fins do disposto nas alíneas "d", "j" e "k" do inciso IV do caput: (Lei Complementar nº 123, de 2006, art. 29, § 9º)

I - a ocorrência, em dois ou mais períodos de apuração, consecutivos ou alternados, de idênticas infrações, inclusive de natureza acessória, verificada em relação aos últimos cinco anos-calendário, formalizadas por intermédio de auto de infração ou notificação de lançamento, em um ou mais procedimentos fiscais;

(...).

Dessa forma, a legislação determina a exclusão do contribuinte do regime favorecido e simplificado a que se refere a Lei Complementar nº 123/06 quando restar comprovada, entre outras, a prática reiterada da infração de saídas de mercadorias desacobertas de documentos fiscais.

Correta, também, a eleição dos Coobrigados para o polo passivo da obrigação tributária, em face das disposições contidas no art. 135, inciso III do Código Tributário Nacional (CTN) e art. 21, § 2º, inciso II da Lei nº 6.763/75:

Código Tributário Nacional

Art. 135. São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatutos:

(...)

III - os diretores, gerentes ou representantes de pessoas jurídicas de direito privado.

Lei nº 6.763/75

Art. 21. São solidariamente responsáveis pela obrigação tributária:

(...)

§ 2º - São pessoalmente responsáveis pelos créditos correspondentes a obrigações tributárias resultantes de atos praticados com excesso de poderes ou infração de lei, contrato social ou estatuto:

(...)

II - o diretor, o administrador, o sócio-gerente, o gerente, o representante ou o gestor de negócios, pelo imposto devido pela sociedade que dirige ou dirigiu, que gere ou geriu, ou de que faz ou fez parte.

Diante do exposto, ACORDA a 1ª Câmara de Julgamento do CC/MG, em preliminar, à unanimidade, em indeferir o pedido de perícia. No mérito, à unanimidade, em julgar parcialmente procedente o lançamento, nos termos da reformulação do crédito tributário efetuada pela Fiscalização às fls. 110/111. Em seguida, ainda à unanimidade, em julgar improcedente a impugnação relativa à exclusão do Simples Nacional. Pela Impugnante, sustentou oralmente o Dr. Antônio Fernando Drummond Brandão Júnior e, pela Fazenda Pública Estadual, o Dr. Gabriel Arbex Valle. Participaram do julgamento, além do signatário, os Conselheiros Carlos Alberto Moreira Alves (Revisor), Ivana Maria de Almeida e Wagner Dias Rabelo.

Sala das Sessões, 22 de agosto de 2017.

**Manoel Nazareno Procópio de Moura Júnior
Presidente / Relator**

D